wo ein Erblasser und dessen Erbe belastet sind; c.) daß die verpfändete Sache, und die Schuld, wofür das Pfand bestellt worden, als verschiedene Gegenstände neben einander feststehen; d) ein unmittelbares Nebeneinandernennen und verknüpfen zweier Legate hinlänglichen Beweis geben, daß der Erblasser beide neben und mit einander gewollt habe.

Allerdings vermögen wir nicht Schriftsteller anzugeben, welche mit der hier ausgeführten Ansicht übereinstimmen. Aber davon ist die Hauptursache keine andre, als daß diese einzelne, nicht häufig zur Anwendung kommende Rechtsfrage, wie namentlich die sehr dürftige exegetische Literatur bei den Hauptstellen zeigt, von unsern Schriftstellern kaum je ex professo behandelt, in Lehrbüchern und ähnlichen Werken gar nicht, oder nur ganz obenhin berührt ist. Ist nun auch bei solchen Berührungen, eine andre Ansicht angenommen, als die, nach dem Obigen, als richtig angesehen werden muß, so kann doch daraus, namentlich bei einer so selten in der Anwendung vorkommenden Frage, gewiß nicht der Beweis eines abändernden Gewohnheitsrechtes hergeleitet werden.

II.

Beiträge zur Lehre von der negotiorum gestio.

Von

Herrn Ruhstrat,
Regierungsassessor in Oldenburg.

(Fortsetzung des Aufsatzes Nr. VII. im Bande XXXII.)

---

§. 9.

Bekanntlich konnte in älterer Zeit des römischen Rechts der Geschäftsherr durch seine Stellvertreter den dritten Kontrahenten nicht verbindlich werden, vielmehr waren diese auf ihre gegen die Stellvertreter erworbenen Rechtsmittel beschränkt, während letztere ihren Regreß an dem Geschäfts-

herrn nehmen konnten, falls ihnen überhaupt eine Klage gegen letztern zustand. Dieser Rechtszustand mußte namentlich da dem Geschäftsverkehr hemmend in den Weg treten, wo die Stellvertreter sich in der Gewalt des Principals befanden, weil die dritten Kontrahenten gegen die hausunterthänigen Personen entweder gar keine, oder doch keine wirksame Klage erwerben konnten, und sich deßhalb ungern mit denselben in Kontraktsverhältnisse einließen [30]. Aber selbst in Ansehung der unabhängigen Stellvertreter erschien dieser Rechtszustand unbequem, weil es den Dritten nichts weniger als erwünscht sein konnte, mit ihrer Klage lediglich an den vielleicht durch besondere Einreden geschützten oder unvermögenden Stellvertreter gewiesen zu sein, und sich nicht unmittelbar an den Principal halten zu können. Dadurch fand der Prätor sich im Interesse der Geschäftsherrn, die häufig in die Lage kommen mußten, ihren Willen nicht selbst ausführen zu können, sondern sich dazu eines Vertreters bedienen zu müssen, zu dem wichtigen Schritt veranlaßt, daß er den dritten Kontrahenten unter gewissen Voraussetzungen ein Rechtsmittel auf vollständige Entschädigung gegen den Principal einräumte.

Wie nun der Prätor sich dies neue Rechtsverhältniß formell und materiell gedacht hat, ist für die fernere Untersuchung von großer Wichtigkeit. Der Stellvertreter wurde zum Handeln nicht durch seinen eignen, sondern durch den Willen des Geschäftsherrn angetrieben. Auch da wo des letzteren Wille sich dem Geschäftsführer nur in ganz genereller Weise zu erkennen gegeben hatte, und es folglich Sache des Geschäftsführers war, diesen Willen durch selbstthätiges Denken und Wollen zur Bestimmtheit zu entfalten, wurde doch immer von dem Stellvertreter, während derselbe nur als solcher kontrahirte, nicht sein eigner, sondern vielmehr der Wille des Geschäftsherrn repräsentirt, und vernunftgemäß hätte es deßhalb gewiß kein Bedenken gehabt, wenn

30) Meine Abhandlung im Archiv für Oldenb. Rechtspraxis Bd. 1. S. 13 ff.

der Prätor hier den Stellvertreter wirklich als direkten Repräsentanten des voluntas domini aufgefaßt, ihn nur als Vertragsinstrument angesehen, und folglich anerkannt hätte, daß durch Vermittelung desselben ein direktes Vertragsverhältniß zwischen dem Geschäftsherrn und dem dritten Kontrahenten entstehen könne [31]. Dem stand nun aber der starre Grundsatz des Civilrechts entgegen, wonach in Obligationsverhältnissen eine direkte Repräsentation nicht möglich war, und da der Prätor hieran zu rütteln nicht wagen durfte, so mußte, wie es in vielen andern Fällen geschehen war, auch hier auf einem Umwege Hülfe geschafft werden. Es wurde daher der Satz des alten Civilrechts in Ehren gehalten, und fortwährend davon ausgegangen, daß auch der Stellvertreter welcher in Veranlassung des voluntas domini kontrahire, zunächst seinen eignen Willen repräsentire, und folglich auch selbst als Kontrahent anzusehen sei. Daneben wurde dann aber anerkannt, daß doch gewissermaßen auch der Wille des Geschäftsherrn durch den Stellvertreter repräsentirt werde, falls dieser wirklich als solcher gehandelt habe, weil er nicht so wohl durch seinen eignen, als vielmehr durch den Willen des Principals zum handeln angetrieben worden sei, daß man die Sache daher gleichsam so ansehen müsse, als habe der Dritte mit dem Principal selbst kontrahirt [32])

L. 1. pr. quod jussu (15. 4.)

Merito ex jussu domini in solidum adversus eum judicium datur. Nam quodammodo cum eo contrahitur, qui jubet. (Ulpianus lib. 29. ad edictum)

deßhalb wurde die nach wie vor zwischen dem Dritten und dem Stellvertreter entstehende Obligation utiliter auf den Geschäfsherrn bezogen, und dem Dritten auch wider den letzteren aus dieser Obligation eine Klage gegeben.

---

31) Es ist zwar behauptet (Thöl Handelsrecht Ausg. 2. §. 25. Note 1.) daß es einen inneren Widerspruch enthalte, wenn man einen Stellvertreter der nicht bloßer nuntius, sondern wirklicher Kontrahent sei, als Instrument ansehen wolle. Allein man sehe dagegen meine Abhandl. im Archiv für civil. Prax. Bd. 30. S. 340. ff.

32) Vergl. auch Gaj. inst IV. §. 70. Puchta Institutionen Bd. 3 S. 55.

§. 10.

Bei solcher Auffassung des hier fraglichen Rechtsverhältnisses verstand es sich aber von selbst, daß 1. der Stellvertreter wirklich nicht durch eigne Willensbestimmung, sondern durch einen speciellen oder generellen Willen des Geschäftsherrn zum Handeln veranlaßt worden sein mußte, weil man sonst nicht sagen konnte, daß gleichsam zwischen dem Dritten und dem Geschäftsherrn ein Vertrag zu Stande gekommen sei [33].

2. Daß der Dritte mit Rücksicht auf den Willen des Prinzipals kontrahirt haben mußte, weil man sonst wieder nicht sagen konnte, daß er gleichsam mit dem Principal selbst kontrahirt habe.

Gaj. institut. IV. §. 70., 71.

§. 70. Imprimis itaque si jussu patris dominive negotium gestum erit, in solidum praetor actionem in patrem dominumve comparavit, et recte quia, qui ita negotium gerit magis patris dominive, quam filii servire fidem sequitur. §. 71. Eadem ratione comparavit duas alias actiones, exercitoriam et institoriam [34].

---

33) Darum konnte das hier fragliche neue Rechtsverhältniß nicht durch einen ohne Veranlassung des Principals freiwillig eingetretenen Stellvertreter begründet werden. Dem steht nicht entgegen, daß das Institorenverhältniß auch durch negotiorum gestio begründet werden kann. l. 1 de institor. act. 14. 1. Thöl a. a. o. §. 23. Note 21, denn wie wir später sehen werden, sind gewiße vom Principal angestellte Institoren nur als negotiorum gestores anzusehen.

34) Vergl. §. 1. Inst. quod cum eo (4. I.) Der Grund, aus welchem die Klage in solidum geht, wird grade in das fidem domini sequi gesetzt, weshalb in Fällen, wo der Dritte ohne Rücksicht auf den Willen des Geschäftsherrn kontrahirt hat, nicht von den hier fraglichen Rechtsmitteln die Rede sein kann. Andere Beweisstellen sind: l. 7 pr. de exerc actione verb.: ita illud exigendum in hoc se credere cui rei magister sit praepositus; namentlich aber l. 1 §. 9. de exercitoria actione. Man sehe darüber meine Abhandl. im Oldenb. Archiv Bd. 1. S. 19. Thöl a. a. O. §. 29. Note 6. Eine ausführlichere Beweisführung wird hier um so mehr umgangen werden können, als das fragliche Erforderniß von den neueren Schriftstellern ziemlich allgemein als begründet anerkannt wird. Vergl. außer Thöl a. a. O. Sintenis praktisches gemeines Civilrecht Bd. 2. §. 102. S. 365. Heise und Cropp Abhandlungen Bd. 2. S. 388. Mühlenbruch Cession §. 14. S. 145. Kritz

Es mußten also der Wille des Dritten und der Wille des Geschäftsherrn in vertragsähnlicher Weise zusammentreffen, und dem unmittelbaren Entstehen eines Vertrags zwischen diesen beiden Personen weiter Nichts entgegen stehen, als der Grundsatz des Civilrechts, wonach direkte Repräsentation in Obligationsverhältnissen nicht zulässig war. Daraus folgte dann weiter, daß es ganz gleichgiltig sein müßte, auf welche Weise der Wille des Prinzipals sich dem Stellvertreter zu erkennen gegeben hatte. Er konnte sich geäußert haben:

1. Durch ein Mandat, wobei es nicht in Betracht kam, ob derselbe auf civilrechtliche Giltigkeit Anspruch machen konnte oder nicht. Denn es genügte auch das einem Haussohn oder Sklaven gegebene Mandat, obgleich dasselbe an sich gar keine juristischen Folgen in sich trug, sondern nur insofern Bedeutung hatte, als der Wille des Gewalthabers in demselben ausgesprochen lag. Es genügt ferner das aus irgend einem Grunde ungiltige Mandat, welches einem unabhängigen Stellvertreter ertheilt worden [35].

Pandektenrecht I. 1. S. 109. In Ansehung der actio quod jussu ist jedoch noch die Ansicht von Kritz a. a. O. S. 465. zu erwähnen, nach welcher zur Begründung dieser Klage ein dem Dritten vom Prinzipal gegebener Auftrag nöthig ist. Allein wenn Kritz sich zur Begründung dieser Ansicht auf Stellen beruft, in denen die a. q. jussu da gegeben wird, wo dem Dritten Auftrag ertheilt worden, so ist zu bemerken, daß hier nicht wegen dieses Auftrags, sondern nur deshalb die a. q. jussu gegeben wird, weil der Dritte in Folge des Auftrags den Prinzipal im Auge gehabt habe. Vergl. l. 1. §. 1. quod jussu (15. 4.) Const. 13. quod cum eo (4. 26.) und zu dieser Stelle Donnell comment: ad Cod. h. l. nr. 13, meine a. A. S. 21. Note 1. Eine andere Ansicht, nach welcher die a. q. jussu nur stattfindet, wenn der Auftrag des Vaters sich auf Geschäfte des Sohns bezieht (Glück, Kommentar B. 14. S. 425.) bedarf kaum einer Widerlegung, wenn man von der richtigen Ansicht ausgeht, daß die a. q. jussu, ebenso wie die a. institoria und exercitoria aus einer Stellvertretung des Sohns für den Vater, gegeben wird. Vangerow Leitfaden S. 367. Müller civil. Abhandlungen S. 150 157 ff. Meine a. A. S. 22. Note 2.

35) Hatte z. B. der Geschäftsherr den Stellvertreter für seinen Sklaven gehalten, so war das dem Letzteren ertheilte Manda ungiltig,

2. Durch locatio conductio [36]. Auch hier war es gleichgiltig, ob dieser Kontrakt nach Civilrecht ungiltig war, ob demselben z. B. irgend ein civilrechtliches Erforderniß mangelte, woraus von selbst folgt, daß es ferner auch genügen mußte, wenn der Wille des Geschäftsherrn sich geäußert hatte.

3. Durch den Abschluß eines Innominatkontrakts mit dem Stellvertreter [37].

§. 11.

Weil nun aber das zur Begründung der neuen Rechtsmittel vom Prätor geforderte Zusammentreffen der beiden Willen immer nicht zu einer **wirklichen Vereinigung** derselben führte, weil dies nach den Grundsätzen des Civilrechts unmöglich war, so konnte auch offenbar in dieser nur **scheinbaren** nicht wirklichen Vereinigung, der wahre materielle Grund der Verbindlichkeit des Geschäftsherrn nicht gefunden werden. Dieser lag ohne Zweifel lediglich in dem Umstande, daß der Dritte mit Rücksicht auf den Willen des Geschäftsherrn mit dessen Mandatar kontrahirt, daß er durch

---

aber hier dennoch genügend. Auch ein Pupill konnte hier wirksam als Stellvertreter handeln, obgleich das ihm gegebene Mandat unwirksam war. l. 7. 8. de institoria actione (14. 3). Es mußte jedoch zwischen dem Stellvertreter und dem Dritten eine Obligation entstehen können, wenn auch nur eine Naturalobligation, weil sonst der Prinzipal aus einer solchen Obligation nicht verpflichtet werden konnte. Zwar hatte der Dritte auch aus einer Naturalobligation gegen den Stellvertreter kein Klagerecht; da hier jedoch das naturale Obligationsfundament vorlag, so fand der Prätor es nicht für bedenklich, diese Verbindlichkeit durch Vermittlung einer formula in factum concepta in Beziehung auf den Prinzipal zu einer klagbaren zu erheben. Hatte z. B. ein Sklave jussu domini einen Kaufkontrakt geschlossen, so wurde aus dieser an sich unklagbaren Obligation gegen den Herrn folgende Formel gegeben: quod jussu domini Titius servo equum vendidit, quanti ea res erit, tantam pecuniam dominum Titio condemna. Gaj. inst. IV. §. 46. Vergl. meine a. A. S. 37. ff.

36) l. 1. §. 18. l. 5. pr. de exercitoria actione (14. 1).

37) Thöl a. a. O. §. 23. Note 20.

sein Kontrahiren absichtlich einen unzweifelhaften Willen des Letzteren in Ausführung gebracht hatte. Ein Gleiches hatte der Stellvertreter gethan, doch war die Stellung desselben anderer Art, nämlich:

1. Der Stellvertreter war unmittelbar durch den Willen des Geschäftsherrn zum Handeln angetrieben worden und konnte sich, wenn er durch einen giltigen Kontrakt bestellt worden war, mit der aus diesem Kontrakt entspringenden Klage an dem Geschäftsherrn erholen. War der Kontrakt ungiltig, so hatte er gar kein Rechtsmittel gegen den Letzteren.

2. Der Dritte war nicht durch den Willen des Prinzipals zum Handeln angetrieben worden; sondern hatte aus freien Stücken in Gemäßheit desselben gehandelt. Dennoch wurde ihm lediglich wegen dieser absichtlich in Gemäßheit der voluntas domini vorgenommenen Handlung ein Rechtsmittel auf vollständige Entschädigung gegen den Geschäftsherrn eingeräumt.

Nachdem daher dem Rechtsbewußtsein dieser eigentliche materielle Grund der fraglichen actiones adjectitiae qualitatis zur Klarheit gelangt war, mußte es sofort nicht nur als billig, sondern als eine unabweisliche Konsequenz anerkannt werden, daß nicht nur:

1. Den Stellvertretern, welche durch einen ungiltigen Kontrakt zum Handeln veranlaßt worden waren, sondern auch

2. solchen Stellvertretern, welche ganz freiwillig, wie der dritte Kontrahent, von welchem bisher die Rede war, einem unzweifelhaften Willen des Geschäftsherrn gemäß eine für die Angelegenheiten des Letzteren rechtlich bedeutsame Handlung vorgenommen hatten, eine Klage auf vollständige Entschädigung gegen Letzteren einzuräumen sei, sofern überhaupt nur die Entstehung einer klagbaren obligatio zwischen ihnen und dem Geschäftsherrn möglich war, sie also nicht in der Familiengewalt des Letzteren standen.

Das Rechtsverhältniß der Dritten, welchen die actiones adjectitiae qualitatis eingeräumt worden, war zwar von dem der gewöhnlichen Stellvertreter verschieden, denn sie kontra-

hirten 1. gleichsam mit dem Prinzipal, und insofern waren sie nichts weniger als Stellvertreter des Letzteren, aber eigentlich kontrahirten sie 2. doch **nur mit dem Mandatar**, und zwar deshalb, weil der Prinzipal dies wollte. Von dieser Seite betrachtet erschienen sie aber in der That als Vertreter der voluntas domini, indem sie den Willen des Prinzipals, daß für ihn mit dem Mandatar kontrahirt werden möge, ausführten. Dies ist gar nicht zu bezweifeln, denn eben so gut, wie sie als Stellvertreter aufzufassen wären, wenn der Prinzipal sie beauftragt hätte mit dem Mandatar zu kontrahiren (Vergl. oben Note 34) ist diese Auffassung zulässig, wenn ihnen ein Mandat nicht ertheilt worden, sie aber freiwillig die voluntas domini ausführen.

Da nun aber diese zweite Seite, welche die Dritten als Vertreter des Geschäftsherrn erscheinen ließ, gerade die Einführung des neuen Rechtsschutzes durch die actiones adjectitiae qualitatis hervorgerufen hatte, so mußte konsequenterweise auch für alle Fälle nunmehr ein Rechtsschutz sanktionirt werden, bei welchen nicht die erste, wohl aber die zweite Seite jenes Rechtsverhältnisses hervortrat. Es mußte also gesetzlich anerkannt werden, daß durch jede vom Geschäftsherrn selbst gewollte Vertretung seines Willens, zwischen ihm und dem Vertreter ein Rechtsverhältniß entstehe. Dieses Rechtsverhältniß wurde nun in ganz ähnlicher Weise konstruirt wie das durch die actiones adjectitiae qualitatis geschützte.

1. Das Letztere ging aus der Betrachtung hervor, daß der Dritte gleichsam mit dem Geschäftsherrn selbst kontrahirt habe; daß also zwischen dem Willen des Geschäftsherrn mit dem Dritten zu kontrahiren, und dem Willen des Letzteren, mit dem Geschäftsherrn zu kontrahiren, gleichsam eine kontraktliche Vereinigung eingetreten sei.

2. Das Erstere ging aus der Betrachtung hervor, daß der Wille des Stellvertreters den Prinzipal zu vertreten, und der Wille des Letzteren durch den Stellvertreter repräsentirt zu werden, zusammentrafen und gleichsam zu einer kontrakt-

lichen Vereinigung gelangten, daß also der Vertreter gleichsam kontraktlich zur Vertretung bestellt worden sei[37]).

Mit der gesetzlichen Anerkennung dieser Stellvertretung wurde nur ein dringendes Bedürfniß des Privatverkehrs befriedigt, denn die Fälle konnten nicht selten sein, wo den Geschäftsherrn das Eintreten eines unabhängigen Stellvertreters erwünscht sein mußte, der nicht durch einen giltigen Kontrakt diese Stellung erhalten, und folglich keinen Anspruch auf Entschädigung hatte. Der einleuchtendste Fall solcher Art, für den auch schon früher von Seiten der Gesetzgebung Sorge getragen worden, war der, wenn der Geschäftsherr hatte verreisen müssen, ohne daß es ihm möglich geworden war, für seine Angelegenheiten einen Vertreter zu bestellen, so daß während seiner Abwesenheit die negotia einen Ausdruck annehmen konnten, der seinem subjektiven Willen durchaus nicht entsprechend war. Aber in mancherlei anderer Weise konnte Aehnliches eintreten. Ohne an Bestellung eines tüchtigen Vertreters behindert zu sein, konnte der Geschäftsherr diese Bestellung aus sehr verschiedenen Gründen nicht allein des pekuniären Vortheils, sondern selbst wegen gewisser Verhältnisse des öffentlichen oder des Privatlebens, für nicht so angemessen halten, als das von ihm vielleicht nicht bezweifelte freiwillige Eintreten eines Stellvertreters. Er konnte auch glauben, wirklich einen Vertreter bestellt zu haben, ohne daß es geschehen war, er konnte ferner einen ernannt haben, der Bestellungskontrakt aber ungiltig sein. Auch konnte der angestellte Vertreter an Ausführung der voluntas domini verhindert, und dem Geschäftsherrn aus diesem Grunde das freiwillige Eintreten eines Dritten oder die Ernennung eines Substituten erwünscht sein. Endlich konnte der Geschäftsherr seinen Willen dem angestellten Vertreter gegenüber in zu be-

---

37) Man kann auch allenfalls sagen, daß die kontraktliche Vereinigung hier von den Gesetzen fingirt worden sei. Vergl. Savigny heut. Röm. Recht Bd. 6. S. 31.

schränkter Weise geäußert, und deßhalb das Ueberschreiten des Bestellungskontrakts im Interesse des Geschäftsherrn liegen.

In allen diesen Fällen war aber so gut wie gar nicht auf das Eintreten eines Repräsentanten zu rechnen, so lange die Entschädigung desselben lediglich von dem guten Willen des Prinzipals abhing. Daher mußte denn eine wesentliche Lücke im Rechtssystem verspürt werden, so lange einerseits kein anderer, als der durch einen giltigen Kontrakt bestellte Repräsentant mit begründeter Aussicht auf volle Entschädigung sich den Angelegenheiten des Geschäftsherrn unterziehen konnte, und andererseits der Letztere, abgesehen vom Verhältniß der patria und dominica potestas, nur durch einen solchen Vertreter außerhalb der Sphäre seines objektiven Willens rechtliche Erwerbungen machen konnte, gegen den er nach den bisherigen Grundsätzen ein Rechtsmittel hatte.

Es führten also die Konsequenz, die Anforderungen des Privatverkehrs und die Billigkeit mit Nothwendigkeit auf die Einführung einer Obligation zwischen dem Geschäftsherrn und demjenigen Stellvertreter, welcher absichtlich einem Willen des Geschäftsherrn gemäß für denselben gehandelt hatte, ohne durch einen klagbaren Kontrakt zu der Stellvertretung berufen zu sein.

Es soll nun aber auch noch eine ausführliche Beweisführung aus den Quellen geliefert werden, nachdem zunächst, zum Schluß der historischen Untersuchung, in Erwägung gezogen sein wird, auf welche Weise der Prätor den Anschluß der hier fraglichen Obligation, an die über negotiorum gestio bereits bestehenden Vorschriften des Civilrechts, denen er nicht direkt entgegentreten durfte, vermittelt haben mag.

Das Civilrecht kannte zwei Arten der obligatio negotiorum gestio.

Die erste Art entstand durch jede unberufene Einmischung in fremde Vermögensangelegenheiten, ohne daß etwas darauf ankam, in welcher Absicht diese Einmischung geschehen war. Diese ist hier zunächst außer Betrachtung zu lassen, da ihre Entstehung von Erfüllung einer voluntas do-

mini ganz unabhängig war, und sie deshalb den neu zu treffenden Bestimmungen nicht im Wege stand [38]).

Die zweite Art war die mit Rücksicht auf einen Abwesenden vorgenommene negotiorum gestio. Hier lag nun anscheinend die ratio zum Grunde: ne negotia absentium desererentur, allein da die Bedürfnisse der negotia absentium nur scheinbare, keine wirklichen Bedürfnisse waren, wenn sie zwar der objektiven Betrachtung nicht aber dem Willen des Geschäftsherrn als solche erschienen [39]), so konnte es nicht fehlen, daß bei der Umbildung dieser Lehre erkannt wurde, wie der eigentliche Entstehungsgrund dieser obligatio nur in der vom Dominus wegen seiner Abwesenheit gewünschten Vertretung zu finden, jene ratio aber nichts Anderes sei, als ein aus der unklaren Auffassung des wahren Prinzips hervorgegangener unreifer Gedanke. Demnach konnte der legislatorische Zweck hier vollständig erreicht werden:

1. Dadurch, daß die Grundsätze dieser alten obligatio ex negotiorum gestione in Gemäßheit des nun als das

---

38) Doch mag bemerkt werden, daß der Prätor auch diese Art der Vollständigkeit wegen mit in das Edikt aufgenommen hat, denn Ulpian referirt uns als Worte des Edikts: si quis negotia alterius gesserit — — judicium eo nomine dabo (l. 3. pr. h. t.). So allgemein konnte das Edikt nur sprechen, wenn es auch die hier fragliche Art der negotiorum gestio mit befaßte. Es sagte also: wenn Jemand fremdes Vermögen verwaltet hat, werde ich eine Klage geben, woraus aber keineswegs mit Chambon a. a. O. S. 2. 3. zu folgern ist, daß damit auch für jeden Fall der negotiorum gestio dem Gestor eine Klage versprochen sei. In dieser Hinsicht wird dasselbe Edikt noch nähere Bestimmungen enthalten haben, die freilich von Ulpian nicht referirt werden. Es versteht sich übrigens von selbst, daß das Edikt auch dem Dominus hier nur dann eine Klage geben will, wenn sein rechtliches Interesse durch die negotiorum gestio in irgend einer Weise verletzt worden. Darauf bezieht sich l. 47. pr. h. t. actio negotiorum gestorum illi datur, cujus interest hoc judicio experiri. Vergl. dazu l. 6. §. 8. mand. (17. 1.) Mandati actio tunc competit cum coepit interesse ejus, qui mandavit, rel. —

39) l. 10. §. 1. h. t. — — Quid enim si eam insulam fulsit, quam dominus quasi impar sumptui dereliquerit, vel quam sibi necessariam non putavit? — —

richtige erkannte Prinzip weiter entwickelt wurden, worin keine Aenderung des Civilrechts, sondern nur eine Ausbildung desselben lag, weßhalb hier nach wie vor die civilrechtlichen Klagen gegeben werden konnten [40].

2. Dadurch, daß auch für die Fälle die gegenseitige obligatio ex negotiorum gestione anerkannt wurde, in welchen der Geschäftsführer Jemanden vertreten hatte, der aus anderen Gründen als wegen Abwesenheit, z B. wegen sonstiger Verhinderung, diese Vertretung gewollt hatte, daß also, nach den Grundsätzen der Analogie, der Umfang jener alten Obligation erweitert, dieselbe durch Vermittlung von utiles actiones auf die hier fraglichen Fälle bezogen wurde. Doch verstand es sich von selbst, daß die Wirkung dieser actiones utiles dieselbe war, wie die der actiones directae, da ja Grund und Bedingungen beider Klagarten bis auf die für die actio directa erforderliche absentia ganz gleich waren [41].

§. 13.

Es ist nunmehr noch die Nachweisung aus unsern Rechtsquellen zu liefern, welche bisher nicht gegeben wurde, um den Gang der Entwickelung nicht zu stören. Ich werde zu diesem Ende die einzelnen aus den Quellen erweislichen Sätze, welche sich nur aus dem aufgestellten Prinzip genügend erklären lassen, nach einander angeben, um daran die Beweisführung zu knüpfen.

---

40) Daß die negotiorum gestio für Abwesende in das Edikt aufgenommen worden, ergibt sich aus l. 1. h. t.

41) l. 47. h. t. (Paulus lib. 1. sent.) Actio negotiorum gestorum illi datur, cujus interest hoc judicio experiri. Nec refert directa quis, an utili actione agat vel conveniatur (quia in extraordinariis judiciis ubi conceptio formularum observatur, haec subtilitas supervacua est) maxime cum utraque actio ejusdem potestatis est, eundemque habet effectum. Das Eingeklammerte ist ohne Zweifel interpolirt. Mühlenbruch v. d. Cession §. 15. S. 175. Puchta Institut. I. §. 104. Note c. c. Der Schluß obiger Stelle ist aber keineswegs in Betreff jeder actio negotiorum gestorum utilis richtig, vergl. z. B. l. 6. §. 3. in fin. h. t., und soll sich daher wahrscheinlich nur auf die im Text erwähnte Hauptart der utiles actiones ex neg. gestione beziehen.

I. Wer mit einem Mandatar kontrahirt hat, und zwar mit Rücksicht auf den Willen des Prinzipals, dem steht gegen Letzteren neben der actio quasi institoria auch eine actio negotiorum gestorum contraria zu.

Dies folgt unmittelbar aus l. 31. pr. h. t. (Papinianus lib. 2. respons):

Liberto vel amico mandavit pecuniam accipere mutuam; cujus litteris creditor secutus contraxit, et fidejussor intervenit, etiamsi pecunia non sit in rem ejus versa, tamen dabitur in eum negotiorum gestorum actio creditori vel fidejussori, scilicet ad exemplum institoriae actionis.

Ein libertus oder amicus, welchem der briefliche Auftrag geworden, für den Geschäftsherrn ein Darlehn aufzunehmen zeigt den Brief vor, worauf mit Rücksicht auf die voluntas domini ein Dritter das Darlehn hergibt, und ein Anderer die Bürgschaft für den Geschäftsherrn übernimmt.

Was nun zunächst den Darleiher betrifft, so hätte Papinian nach der gewöhnlichen Ansicht eigentlich sagen müssen, daß demselben die condictio ex mutuo quasi institoria zustehe. Statt dessen erklärt er aber ausdrücklich, daß derselbe sich der actio negotiorum gestorum bedienen könne. Diese Entscheidung, welche bisher manchen Anstoß erregt hat, ist nun der oben über Grund und Entstehung der prätorischen obligatio ex negotiorum gestione gegebenen Erklärung ganz entsprechend. Der Wille des Geschäftsherrn bestand darin, daß der Mandatar mit einem Dritten, und ein Dritter mit dem Mandatar kontrahiren, daß zwischen diesen der Darlehnskontrakt geschlossen werden solle [42]). Unmittelbar mit dem Abschluß dieses Kontrakts war also der Wille des Geschäftsherrn erfüllt, und deßhalb gegen denselben die actio

42) Vergl. auch l. 5. §. 1. quod jussu (15. 4.) und l. 34. §. 3. de solution. (46. 3.), wo es heißt, daß diejenigen Personen, welche mit Rücksicht auf das dem Prokurator ertheilte Mandat mit letzterem kontrahiren, gleichsam als Mandatare des Prinzipals anzusehen seien.

negotiorum gestorum begründet, ohne daß es noch weiter darauf ankam, ob das mutuum auch wirklich in rem domini vertirt worden war, oder nicht. Wahrscheinlich um Letzteres, nämlich daß es zur Begründung der actio neg. gestorum contraria nur darauf ankomme, ob der Geschäftsführer einem unzweifelhaften Willen des Geschäftsherrn gemäß gehandelt, nicht aber darauf, ob Letzterer durch die Gestio wirklich reicher geworden, hat Papinian den in l. 31. cit. mitgetheilten Fall gewählt. Darum bemerkt er auch: etiamsi non sit in rem ejus versa, tamen dabitur in eum negotiorum gestorum actio creditori. Mit der Schlußbemerkung: scilicet ad exemplum institoriae, soll angedeutet werden, daß dem creditor nicht die ursprüngliche actio negotiorum gestorum zustehe, welche nur nach der ratio gegeben wurde: ne negotia absentium desererentur, sondern die auf dem prätorischen Recht beruhende, welche wie oben (§. 9—11.) ausgeführt worden, mit der actio institoria auf gleichem Grunde beruhte, und nach Analogie dieser Klage eingeführt worden war.

Gegen diese Erklärung läßt sich zunächst nicht die jedenfalls auch gewagte Behauptung erheben, daß Papinian sich hier ungenau ausgedrückt, und eigentlich nur habe sagen wollen, daß dem Dritten die condictio ex mutuo ad exemplum institoriae actionis zustehe, denn die Worte „scilicet ad exemplum institoriae "beziehen sich auch auf die dem Bürgen eingeräumte actio negotiorum gestorum, was sich durch eine solche Verbesserung des Papinian'schen Ausdrucks nicht einmal erklären ließe. Der Bürge hatte freiwillig intercedirt, um den Gläubiger zur Hingabe des Darlehns an den Mandatar zu bewegen, folglich durch seine Handlung absichtlich zur Erfüllung der voluntas domini beigetragen. Darum wird auch ihm diejenige actio negotiorum gestorum gegeben, welche mit der actio institoria auf dem Prinzip beruht, daß der Geschäftsherr denjenigen verbindlich wird, welche in Gemäßheit seines Willens eine Handlung vorgenommen haben.

Damit übrigens für den dritten Kontrahenten neben der Kontraktsklage, welche er gegen den procurator domini erwirbt, auch die actio negotiorum gestorum begründet werde, ist nicht grade erforderlich, daß der procurator zum Abschluß des Kontrakts beauftragt worden, vielmehr muß es genügen, wenn überhaupt nur feststeht, daß der Abschluß des Kontrakts wirklich in dem Willen des Geschäftsherrn liege. Wenn z. B. eine dringende Geschäftsführung von dem negotiorum gestor nicht anders vorgenommen werden kann, als wenn der A ihm dazu eine Summe Geldes vorstreckt, so muß man sagen, daß der Abschluß des Darlehnkontrakts zwischen A und dem Gestor dem Willen des Geschäftsherrn gemäß sei, und dem contemplatione domini handelnden A sofort durch Abschluß dieses Kontraktes, neben seiner condictio ex mutuo, auch die actio negotiorum gestorum begründet werde, wogegen schon anders zu entscheiden wäre, wenn der Gestor das nöthige Geld auch auf anderem Wege ohne Schwierigkeit hätte erhalten können. Denn hier würde man nicht mehr sagen können, daß unmittelbar durch den Abschluß des Kontrakts ein Wille des Geschäftsherrn erfüllt sei. Weil aber der A seine Thätigkeit lediglich auf diesen Kontraktsabschluß beschränkte, so würde man ihm nicht die actio negot. gestorum einräumen können. Doch würde ihm natürlich auch in diesem Fall die actio negotiorum gestorum begründet sein, wenn er bei Gelegenheit des Kontraktsabschlusses den Empfänger des Darlehns beauftragt hätte, die negotia domini zu besorgen, denn nun würde er negotiorum gestor per mandatarium sein, und es nicht darauf ankommen, ob durch die Hingabe des Darlehns eine voluntas domini erfüllt worden, sondern nur darauf, ob die von dem ersten Gestor beabsichtigte Geschäftsführung, zu welcher das Darlehn verwandt werden sollte, dem Willen des Geschäftsherrn gemäß sei. Doch würde die Wirksamkeit der actio negot. gestorum des zweiten negotiorum gestor (des A) von der Vorfrage abhängen, ob dessen Mandatar der erste negotiorum gestor, seine Schuldigkeit gethan habe, und

dem A nicht etwa bei der Wahl dieses Mandatars eine culpa zur Last gelegt werden könne [43]).

Ein Auftrag zur negotiorum gestio liegt nun freilich darin noch nicht, wenn Jemand mit dem Gestor als solchem einen Darlehnskontrakt abschließt, wohl aber darin, wenn Jemand einem negotiorum gestor Geld gibt, damit er ein Geschäft des Dominus mit demselben ausrichte.

Diesen hier zur näheren Erläuterung der mitgetheilten Stelle entwickelten Grundsätzen [44]) scheint nun aber l. 6. §. 1. h. t. direkt entgegen zu stehen. Diese Stelle lautet so:

> Item si procuratori tuo mutuam dedero pecuniam tui contemplatione ut creditorem tuum, vel pignus tuum liberet: adversus te habebo negotiorum gestorum actionem, adversus eum cum quo contraxi nullam. Quid tamen si a procuratore tuo stipulatus sum? Potest dici superesse adversus te negotiorum gestorum actionem, quia ex abundanti hanc stipulationem interposui. (Julianus lib. 3. Dig.)

Auf den ersten Blick erscheint dieser Ausspruch Julians höchst auffallend, da der Dritte hier gegen den Prokurator, mit welchem er kontrahirt hat, gar keine Klage haben soll, während es im Uebrigen doch nach den Grundsätzen des Römischen Rechts nicht zu bezweifeln ist, daß Jeder, der einen giltigen Kontrakt abschließt, aus diesem Kontrakt in der Regel klagen kann. Es dürfte daher die Bemerkung von Chambon [45]), daß der Dritte, wenn er contemplatione domini mit einem Prokurator kontrahirt habe, eben deßhalb den Letzteren nicht belangen könne, schwerlich befriedigend sein; denn wenn der Kontrakt, welchen er mit dem

---

43) Hasse von der Kulpa S. 410. ff.

44) Daß dem Dritten, welcher sich contemplatione domini dessen procurator verpflichtet hat, die actio neg. gestorum zustehen kann, folgt, abgesehen von l. 31. §. 1. h. t., auch aus l. 7. §. 1. Cod quod cum eo (4. 26), was hier noch nicht näher bewiesen werden kann.

45) A. a. O. S. 127, 190.

Prokurator abschloß, nur an und für sich Giltigkeit hat, so kann der aus dieser Giltigkeit von selbst folgenden Klagbarkeit unmöglich der Umstand entgegen stehen, daß der Dritte den Kontrakt im Interesse des Geschäftsherrn abgeschlossen hat. Dennoch aber würde man nach den Worten der Stelle diese Ansicht kaum bestreiten können, wenn der Kontrakt, von welchem dieselbe redet, an und für sich giltig wäre. Dies ist aber nicht der Fall. Zum Wesen eines Darlehnskontrakts gehört nämlich die Absicht des Darleihers, das mutuum auch wirklich in das Eigenthum des Empfängers zu übertragen, und die condictio ex mutuo setzt diesen Eigenthumsübergang nothwendig voraus [46]). Diese Absicht kann aber im Fall der l. 6. §. 1. cit. nicht als vorhanden angenommen werden, weil der Darleiher das Geld mit der ausdücklichen Bestimmung dem Prokurator hingibt, dasselbe zur Abtragung einer Schuld des Geschäftsherrn zu verwenden. Denn sollte der Prokurator Eigenthümer des Geldes werden, so würde er damit auch die Befugniß erhalten, nach Belieben über das Geld zu verfügen, und also an jene Bestimmung des Darleihers nicht weiter gebunden sein. Diese Bestimmung hat also nur dann rechtliche Bedeutung, der Prokurator hat nur dann die Verpflichtung in Gemäßheit derselben zu handeln, wenn man den beabsichtigten Darlehnskontrakt für nichtig hält, und die fragliche Bestimmung des Darleihers als Mandat zur Geschäftsführung auffaßt, so daß also der Dritte hier negotiorum gestor per mandatarium, und der Prokurator dieser Mandatar des Dritten ist. Demnach würde aber dem Dritten die actio mandati gegen den Prokurator zustehen, wogegen die Worte der l. 6. §. 1. cit. adversus eum cum quo contraxi nullam, nicht angeführt werden können, weil diese nur sagen wollen, daß aus dem beabsichtigten Darlehnskontrakt keine Klage zusteht.

Dieser Interpretation steht dann auch die l. 31. pr. cit. nicht entgegen, welche der l. 6. §. 1. cit. geradezu widerspicht,

46) Savigny, heut. Röm. R. Bd. 5. S. 514ff.

wenn man davon ausgeht, daß der in letzterer Stelle erwähnte Kontrakt giltig ist [47]).

Die aus dem Bisherigen sich ergebenden Grundsätze bestehen nun kurz darin:

1. Wenn ein Dritter contemplatione domini mit einem procurator domini giltig kontrahirt, und allein wegen dieser Handlung negotiorum gestor zu sein behauptet, ohne sich auf irgend eine anderweitige Thätigkeit zu berufen, so fragt es sich, ob unmittelbar durch diese Handlung wirklich der Wille des Geschäftsherrn erfüllt worden ist, oder nicht. Ist derselbe erfüllt, bestand derselbe also geradezu darin, daß der Geschäftsherr mit dem Dritten, und der Dritte mit dem Geschäftsherr kontrahiren solle, was z. B. außer Zweifel ist, wenn dem Prokurator ein giltiges oder ungiltiges Mandat vom Geschäftsherrn ertheilt worden, so steht dem Dritten neben seiner gegen den Prokurator begründeten Klage, gegen den Geschäftsherrn außer der etwaigen actio institoria etc. auch die actio negotiorum gestorum contraria zu.

2. Wenn der Dritte, der nicht schon durch Abschluß des Kontrakts mit dem Prokurator einen Willen des Geschäftsherrn ausgeführt hat, sich auch noch auf anderweitige Thätigkeit, z. B. darauf beruft, daß er den Prokurator mit der Geschäftsführung beauftragt habe, so steht ihm den Umständen nach die actio negotiorum gestorum contraria zu.

---

47) Die von Chambon a. a. O. S. 190 ff. versuchte Vereinigung dieser Stellen ist wohl keine glückliche zu nennen. Wenn der Dritte mit einem Gestor giltig kontrahirt hat, so unterscheidet Chambon, ob der Dritte lediglich oder nur beiläufig contemplatione domini kontrahirt hat. Dieser Unterscheidung, welche wohl nur zur Beseitigung der l. 31. pr. cit. gemacht worden, fehlt offenbar jeder innere Grund.

(Schluß im nächsten Hefte.)